

〈論 説〉

# 財産犯相互の関係

内 田 幸 隆

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 それぞれの罪の重さ
- 三 背任罪の本質
- 四 背任罪と横領罪との関係
- 五 背任罪と詐欺罪との関係
- 六 領得罪
- 七 結びにかえて

## 一 はじめに

刑法は、他人の財産を攻撃客体とする犯罪類型として、窃盗罪や横領罪、詐欺罪、背任罪、器物損壊罪など様々なものを用意している。だが、攻撃客体が同じであるにもかかわらず、どうしてこのような犯罪類型の違いが生まれる

のであろうか。このような犯罪類型の違いが合理的なものであるならば、その違いの根拠はどこにあるのであろうか。本稿では、こうした問題意識のもとに、個々の財産犯が相互にどのような関係に立ち、財産犯全体の体系をどのように形作っているのか、その一端を明らかにしたい。もとより本稿は中間報告的なものにとどまらざるを得ないが、ここでは今後の議論の展望を開く手がかりを得たいと考えている。

## 二 それぞれの罪の重さ

議論の出発点になるのは、それぞれの犯罪の法定刑の比較にあると思われる。というのも、犯罪の相互的な関連性を考察する場合、その基礎になるのが個々の犯罪の罪の重さだからである。つまり、一方の罪が他方の罪に較べより重いという場合、そこには違法性ないしは責任の質的・量的差異が表れていると思われる。

そこで、本稿では、主要な財産犯の法定刑を取り上げることにする。すなわち、窃盗罪、横領罪、詐欺罪、背任罪、器物損壊罪といった犯罪の重さを比較してみたい。具体的に見ると、窃盗罪は十年以下の懲役、委託物横領罪は五年以下の懲役、業務上横領罪は十年以下の懲役、占有離脱物横領罪は一年以下の懲役又は十万円以下の罰金若しくは科料、詐欺罪は十年以下の懲役、刑法上の背任罪は五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金、商法上の特別背任罪は十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金、又は懲役と罰金の併科<sup>(1)</sup>、器物損壊罪は三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金若しくは科料、とされている。<sup>(2)</sup>

さて、刑法一〇条は刑の軽重を規定しているが、同条は、選択刑がある場合ないしは併科刑がある場合については何ら言及していない。したがって、ここでは「被告人にとって最も不利益な刑を明らかにする」という視点から、二個以上の主刑全体を比較対照する「全体的対照主義」に従うのが妥当といえる。選択刑または併科刑のうち重い刑の

みを比較すべきとする「重点的対照主義」では、被告人にとってどうしてもある種不合理な結論が生じること(3)は避けられないと思われる。

「全体的対照主義」に従う場合、次のようになる。すなわち、まず、二個以上の主刑について重い刑、例えば懲役のみを比較し、罪の重さを決定する。次に、その重い刑の重さが同じなら併科刑のある罪の方が重く、選択刑がある場合は軽い刑が科される可能性がある分だけ選択刑のある罪の方が軽い。重い刑の重さが同じであり、かつ選択刑がある罪どうしで比較するなら、軽い刑について比較し、最終的な罪の重さを決定すればよい、ということになる。なぜまず重い刑のみで比較するのかというと、刑法一〇条一項が刑の質を考慮して刑の軽重を決定する趣旨から、いくら併科刑があったとしても重い刑について最大限重い刑を科された方が被告人にとって最も不利益であると考えられるからである。そこでこのような基準に従い、実際に上記の財産犯を比較すると、最も重いのが特別背任罪、ついで三つ並んで窃盗罪、業務上横領罪、詐欺罪、そして委託物横領罪、刑法上の背任罪、器物損壊罪、占有離脱物横領罪の順に軽くなっていく、ということになる。

ここで疑問に思われるのは、上記の各犯罪が共通して他人の財産を攻撃客体としているにもかかわらず、どうして犯罪類型の差異が生じているのか、ということである。また、同じく疑問に思われるのは、どうして各犯罪において法定刑の格差が生じているのか、ということである。前者の疑問については、そもそも構成要件段階において行為類型が異なるものとされた、と答えることになる。また、後者の疑問については、違法・責任段階においてその評価に違いがある、と答えることになる。もし、行為類型に違いがなく、違法・責任評価も同じものだとするれば、「他人の財産を不法に害してはならない」といった単一の財産犯が存在するはずである。しかし、そのような財産犯を想定することができないとすれば、行為類型の違い、違法・責任評価の違いを探究する必要があるということになる。それゆ

え、以下においてはこの二つの観点に基づき論じていきたい。

また、ここで注目すべきなのは、近年行なわれた商法の改正によって特別背任罪の法定刑が引き上げられた結果、背任罪と較べて横領罪ないしは詐欺罪の方が重い犯罪である、とは必ずしもいえなくなったことである。<sup>(4)</sup>それゆえ、このような法定刑の「ねじれ現象」をいかに考察するかが問題となってくる。すなわち、背任罪と横領罪、詐欺罪との関係においては、そもそも構成要件段階において行為類型が異なっているのではないかという観点から論じる必要があるように思われる。

### 三 背任罪の本質

ただその前に背任罪の本質について考察する必要がある。というのも、背任罪は、横領罪や詐欺罪と較べて比較的新しい犯罪類型であり、これらの古い犯罪類型に対して補充関係にあるという理解が一般的だからである。しかし、法定刑の「ねじれ現象」が生じている近時の法状況から見ても、このような理解がそのまま通用するのか再検討が迫られていると思われる。

そこで日本における背任罪の沿革から見えていくと、背任罪は一八八〇年（明治一三年）に公布された旧刑法においては規定されておらず、一九〇七年（明治四〇年）に公布された現行刑法になってはじめて規定されたことが確認できる。ここで旧刑法の改正作業を見るならば、改正案にはじめて背任罪の規定が現れたのは一九〇一年（明治三四年）になってからである。この明治三四年改正案二八二条によると、背任罪は、「他人の爲め其事務を処理する者本人に損害を加え又は自己若しくは第三者の利益を図る目的を以て権限外の行為を爲し本人に財産上の損害を加えたときは十年以下の懲役に処す」（現行の仮名遣いに改めた。以下同じ）と規定されていた。同条は、当時のドイツ刑法旧二六

六条に直接影響を受けたというよりも、当時の「新派」刑法理論を背景にオーストリアやノルウェーの刑法草案に影響を受けたことが推定できる。また、明治三四年改正案二八二条は要件として「権限外の行為」を挙げているのが特徴的である。これらのことから、同条においては、財産事務を統轄する者、あるいはその下にあつて実際に当該事務を執行する者が、代理や委任に基づく自らの権限を不正に利用して、本人に対して財産上の損害を与える場合が想定されていたと考えられる。<sup>(5)</sup>

しかし、この改正案二八二条を批判した法律家が現れた。それは当時の民法学者であつた岡松参太郎である。岡松は、「権限外の行為」を認めるには代理権がある場合、しかも有権代理の場合だけに限られる、しかし、無権代理や事務管理、委任、雇用、請負、組合の場合や子の財産を管理する場合などといったときの事務処理者に同条が適用されないのは不当だと批判した。<sup>(6)</sup> おそらくこのような岡松の批判を受けて、明治三五年改正案二八一条は次のように修正されている。すなわち、「他人の爲め其事務を処理する者本人に損害を加え又は自己若しくは第三者の利益を図る目的を以て其任務に背きたる行為を爲し本人に財産上の損害を加へたるときは十年以下の懲役に処す」とされた。このような流れから見ると、岡松の批判の骨子は、背任罪の主体、すなわち事務処理者の範囲を広げることではなく、事務処理者の不正な処分行為について、これを適度な範囲で背任罪の処罰対象とすることであつたと考えられる。もしそうであるならば、起草者は、背任罪の主体について何らかの権限を有している者を念頭に置いていたと推測できる。<sup>(7)</sup> その上で、その権限を代理権に限らないという趣旨で「権限外の行為」を「任務に背く行為」に変更したと思われる。ここに日本における背任罪独自の特徴を読み取ることができるのである。

結局、この明治三五年改正案二八一条は、その後法定刑が引き下げられた上で現行刑法二四七条に結実した。ここであらためてみると、背任罪は、その立法過程において、何らかの権限を有することを前提に、ある財産事務を統轄す

る者、あるいはその者の統括の下で実際に当該事務を執行する者が、その事務に関して自らの任務に違背する場合が問題になっていたと考えられる。また、当時の社会経済構造の変化という観点から見ても、ある程度独立して本人に代わって経済活動をなす者が、その経済活動に関して本人の財産に損害を与える場合を予定していたと考えられる。<sup>(8)</sup>

そこで、以上のような背任罪の沿革を踏まえてその本質をめぐる議論に立ち返ってみたい。背任罪の本質については、従来から権限濫用説と背信説との対立があるとされる。しかし、背任罪の沿革を見るならば、権限濫用説につき法的代理権に限り問題にすることはできないし、他方で、限定のない背信説を前提にすることもできないと思われる。むしろここでの議論の対立軸は、権限濫用説から出発し事務処理者の権限に着目する見解と、背信説を基礎としつつその信頼関係を限定する見解にあるということになる。<sup>(9)</sup> ただ、後者の見解については、いくら本人との信頼関係を限定するといっても、単なる債務不履行を背任罪の処罰対象から外すことは事実上困難であり、不当と思われる。<sup>(10)</sup> 背信説を基に背任罪の処罰範囲を画する場合、それはきわめて恣意的な結論になるおそれがあるということである。<sup>(11)</sup> それゆえ、事務処理者の持つ権限に着目した上で背任罪の処罰範囲を限定する方が合理的ではないだろうか。しかし、逆に事務処理者の権限に着目したとしても、その「権限」の具体的な内容が分からないという批判が出てくるはずである。おそらくその「権限」の内容とは、「本人に代わって本人の財産を使用・処分することができる」というものである。<sup>(12)</sup> だが、そうであるにしても、例えば、事務処理者が本人にとって結果的に財産上不利益な決定を行なった場合、そのすべてが背任罪によって処罰されることになりかねない。また、「財産上の利益」について権限の「逸脱」がなされた場合も背任罪で処罰される可能性があるのなら、権限の「濫用」の場合に限って背任罪で処罰する、ということもできない。

したがって、ここで指摘できるのは、権限の濫用・逸脱で背任罪の処罰範囲を画することはできないし、また、た

とえ本人にとって財産上不利益な決定が行なわれたとしても、それが財産を処分する上で定められた法令、定款、内規といったルールに反しなければ背任罪で処罰する必要はない、ということである。それゆえ、例えば、事務処理者の単なる形式的ルール違反、ないしは経済的・経営的判断の誤りは、私的自治の領域で処理されるのが適當である。

なぜなら、形式的ルール違反は財産的損害に直結するものではないし、将来の経済・経営状態は確実に予測することができないものだからである。これに対して、背任罪で問題となる「ルール」とは、財産上の損害を回避するためのものである。つまり、当該ルールは、財産的損害が発生するリスクに応じて策定される。事務処理者に権限を与える本人がどこまでリスクを許容するかによるが、一般的には、リスクの低い案件は許容され、リスクの高い案件は禁止されることになる。もちろんリスクが高いからといって一律に禁止されるわけではなく、相応の高いリターンを得るために、投入される金額の上限を区切って段階的に許容される場合もあるであろう。それゆえ、このようなルールに則ってなされた事務処理者の処分行為は、たとえ財産的損害を生じさせたとしても、本人によってやむを得ないものと許容されるのであり、逆に、このようなルールから逸脱した事務処理者の処分行為によって財産的損害が発生する場合、これは本人に許容されてはおらず、背任罪が問題になるのである。

以上から、背任罪の本質とは、本人の財産事務を処理するに際しての、法令、定款、内規など本人の財産を使用・処分する上で定められた、財産上の損害を回避するためのルールに反する権限の行使または不行使にあると考えられる。より踏み込んでいえば、背任罪の処罰範囲は、あくまで本人のために行なわれるべき経済活動の一環としてなされた場合に限られるということになる。

#### 四 背任罪と横領罪との関係

このような背任罪固有の領域に対比して横領罪や詐欺罪の処罰範囲を見るのなら、これらの犯罪は、本人のための経済活動とは無関係に行なわれた、本人の財産を「自己のもの」にする行為であると評価できるであろう。

さて、そこでまず背任罪と横領罪との関係を見てみたい。従来の考え方では、この両罪の関係につき、競合段階で解決することが主流であった<sup>(13)</sup>。しかし、ここでは前述したように両罪の間にある法定刑の「ねじれ現象」を念頭に置く必要がある。例えば、この両罪が互いに包摂関係にあるといっても、単純に横領罪は背任罪の特別法に当たるとはいえなくなる<sup>(14)</sup>。だからといって、特別背任罪は業務上横領罪に包摂され、委託物横領罪は刑法上の背任罪に包摂されると説明するのも、具体的な場合において奇妙な結論に至るであろう。すなわち、特別背任罪の身分の有無によって背任罪が成立するのか、横領罪が成立するのか全く異なることになる。おそらく実務は、このような結論を支持していないと思われる。

では、同じくこの両罪の関係を競合段階で解決するとして、交差関係にあると説明するのはどうであろうか。ここでも、背任罪と横領罪が重なり合う部分について包摂関係と同様の問題点を抱えることになる。「重い方のみが成立する」といった場合、特別背任罪の身分があれば、特別背任罪の成否のみを問えばよいし、逆に特別背任罪の身分がなければ領得行為の有無のみを問えばよいことになるだろう。しかし、これでは背任罪と横領罪の間にある「差異」を的確に捉えているのか疑問に思われる。

したがって、背任罪と横領罪との関係は、競合段階で解決するのではなく、そもそも構成要件段階で解決されるべきと思われる<sup>(15)</sup>。例えば、この両罪を権限の濫用・逸脱で区別する見解、あるいは名義・計算の帰属で区別する見解は、



実のところ構成要件段階で区別することを目指していると評価できる。これに対して、名義・計算の帰属を問題にしつつ、背任罪と横領罪は包摂関係ないしは交差関係にあると説明することはできないと思われる。というのも、もしこの両罪が包摂関係ないしは交差関係にあるなら、重なり合う部分が必ずあるはずだからである。すなわち、その重なり合う部分は、名義・計算の帰属を問題にすることができず、結局「重い方のみが成立する」ことになるはずである。しかし、これが不当な結論に至ることは前述した通りである。

では、背任罪と横領罪とを権限の濫用・逸脱によって区別するのは正当であろうか。確かにこの基準によれば法定刑の「ねじれ現象」を気にすることなく、択一的に両罪の成立範囲を決めることができる。しかし、権限の濫用と見られる場合であっても横領罪とすべき事例や、権限の逸脱であっても背任罪とすべき事例の処理に困るし、横領を権限の逸脱とすることで今度は逆に横領と毀棄隠匿との関係がいまいになり、不当と思われる。

結局のところ、背任罪と横領罪とを区別するということは、それぞれの犯罪の行為類型の違いを探ることに他ならない。ここでは、当該行為の名義および計算の帰属は、有効な区別基準になると考えられる。<sup>(16)</sup> というのも、前述したように、背任とは、本人のための経済活動の一環として行われた、自己の権限による不正な財産処分行為であるといえるからである。また、これと対比して、横領とは、本人のための経済活動とは無関係になされた、本人の財産を「自己のもの」にする行為であると評価できるからである。一般的には、本人の名義・計算による行為は、本人の経済活動の一環としてなされた不正な処分と見ることができるし、自己の名義・計算による行為は、本人の経済活動とは無関係になされた領得行為と見ることができる。こう理解することで、背任罪と横領罪とは重なり合いを考えることなく区別することができることになる。もちろん、名義・計算の帰属によつては判定の難しい事例が出てくるかもしれない。しかし、そのような場合でもあっても、あくまでそれぞれの行為類型の違いに立ち返って判断すればよいと思

われる。<sup>(17)</sup>

## 五 背任罪と詐欺罪との関係

また、このような背任罪と横領罪との関係は、背任罪と詐欺罪との関係においても基本的に妥当するものと思われる。背任罪と詐欺罪との間にある「差異」やこの両罪の間にある法定刑の「ねじれ現象」を見ると、やはりこの両罪の関係は構成要件段階において解決するのが正当であろう。

しかしながら、主流にあるのは、この両罪の関係を競合段階で解決しようとする考え方である。例えば、同一の財産侵害について、この両罪が外見上同時に成立しているように見える場合、第一に背任罪のみが成立するという見解、第二に詐欺罪のみが成立するという見解、第三にこの両罪が観念的競合になるという見解がそれぞれ主張されている。<sup>(18)</sup>しかし、第一の見解について、詐欺罪よりも軽い刑法上の背任罪で処罰する実質的な根拠がないと思われる。第二の見解については、詐欺罪よりも重い特別背任罪が登場する場合を合理的に解決することができないであろう。また、第三の見解については、同一の法益侵害結果を二重に評価することになり、不当である。ここでは、観念的競合における違法・責任評価の回数性が重要なものになってくると思われる。

ただ、行為規範違反という観点から、違法評価の重なり合いがなく、この両罪が観念的競合になるといえる余地がある。しかしながら、このように観念的競合の成立を認めたとしても、今度は不可罰的事後行為について、その処理が困難となるであろう。例えば、窃盗犯人が盗み出した物を投棄した場合、器物損壊罪における「壊すな」という行為規範は、窃盗罪における「盗むな」という行為規範に包摂され得ないものである。それゆえ、この場合、器物損壊罪は窃盗罪において包括的に違法評価することができず、併合罪になるはずである。これに対して、法益侵害に対す

る包括的評価という観点から器物損壊罪を窃盗罪に吸収する、あるいは窃盗罪で包括的に評価すると説明するならば、行為規範違反性を違法要素と認めたとしても、結論的に、それ単独では違法評価することができないということになるであろう。また、そもそも「違法評価の重複、正確には違法要素としての量刑事情の重なり合い」を前提とした上で観念的競合を説明する見解は、<sup>(19)</sup>違法評価の重複性を量刑論で解決することになり、違法評価がそのまま量刑に反映されないことになる。これは、違法評価と量刑の有機的な結合を切断するものであって、不当と思われる。以上から、<sup>(20)</sup>背任罪と詐欺罪との関係では、どのような観点においても、観念的競合が成立すると評価すべきでないのである。

それゆえ、背任罪と詐欺罪との関係は、構成要件段階で区別され、どちらか一方が排他的に成立すると見るのが正当である。すなわち、ここでも背任罪の領域は、本人のための経済活動において、本人の財産を自己に与えられた権限を用いて不正に処分する点にあるのに対して、詐欺罪の領域は、本人の経済活動とは無関係に、本人の財産を欺罔によって「自己のもの」にする点にある、と区別されることになる。また、同じく背任罪と電子計算機使用詐欺罪との関係においても、同様な区別基準に従い、構成要件段階においてこの両罪を区別すべきであると思われる。<sup>(21)</sup>

## 六 領 得 罪

以上からすると、背任罪と横領罪、詐欺罪とは、「本人のための経済活動」という軸を基に構成要件段階において統一的に区別されるべきという結論になる。しかし、背任行為と対になる領得については明らかなものとなっていない。ここで、領得概念について検討してみると、窃盗罪や横領罪といった領得罪と器物損壊罪との違いがまずもって意識されることになる。というのも、同じく所有権が侵害される窃盗罪や横領罪が器物損壊罪よりも重いのは、まさにこの領得の存在によって従来説明されてきたからである。それゆえ、この局面では、行為類型の違いよりもまず違法・

責任評価の違いが議論されなければならない。すなわち、領得が付け加わることで、法益侵害以外の何かが考慮されているのか、あるいは法益侵害の枠組みの中で何らかの利益侵害ないしは秩序侵害が問題にされているのか、それぞれ検討する必要がある。ここでは、器物損壊罪には存在しない領得要素が、違法・責任段階においてどう主観的・客観的に関連づけられるかが問われてくるのである。

しかし、その前に激しい学説の対立のある窃盗罪の法益を議論の出発点としたい。というのも、法益が確定してはじめて領得概念がそこに関連づけられるのか否かも論じることができからである。

そこで、窃盗罪の法益について見てみると、周知の通り、占有説と本権説という大きな対立が存在している。<sup>(22)</sup> まず

占有説から検討すると、占有侵害において評価できるのは、占有を奪われたという「瞬間的な出来事」ということになる。すなわち、これは、占有侵害においては、所有権の行使が困難になるという「持続的な状態」を包括評価することができないことを意味している。占有を奪われれば当然その占有は消滅するわけであるから、窃盗罪は、殺人罪と同じく即成犯であって、継続犯でも状態犯でもない、ということになるはずである。また、占有説に従うと、窃盗罪既遂後の不可罰的事後行為も説明が困難となる。というのも、窃盗罪既遂後の行為は、占有侵害によって包摂できない出来事だからである。さらに、占有説では、窃取行為について占有の転換が要求されていることを説明できない。窃盗罪の法益が占有であるなら、占有を侵害した時点で行為が終了し、その後、目的物に新たな占有を設定することは意味を持たないはずである。<sup>(23)</sup>

これに対して、本権説に従えば、窃盗罪既遂後の持続的な侵害状態を包括的に評価することが可能となる。しかし、本権説をとったとしても、窃取行為に占有の転換が要求されていることを論理必然的に説明できるわけではない。というのも、所有権侵害と占有の転換は必ずしも対応関係にあるわけではないからである。ここでようやく窃盗罪にお

いて領得が必要とされる契機が出てくる。同じく所有権が問題とされているにもかかわらず、窃盗罪が器物損壊罪よりも重いとされる理由、また器物損壊罪では要件とされていない占有の転換が窃盗罪において要求されている理由は、器物損壊罪にはない領得要素が窃盗罪において付加されているからだと考えられるのである。

さて、そこで領得とは何か、という問題に入るわけだが、領得「行為」とは何かというよりも、領得「意思」とは何か、について議論されているのが現在の学説状況である。すなわち、例えば窃盗罪でいうと、客観面で器物損壊行為とは区別できないとし、窃盗罪とは主観面において領得意思が付加されたものであると理解されているのである。

ここで領得意思という場合、窃盗罪や横領罪で細かな定義の違いはあるが、「排除意思」と「利用意思」から成り立っていることができよう。以下では、この領得意思が、違法・責任のどの段階に位置づけられるのか、あるいは位置づけることがそもそも可能なのか考察してみたい。

まず、領得意思を違法段階に位置づける見解として、これを一般予防の観点から主観的違法要素と解するものがある。<sup>(24)</sup>しかし、利用意思は、所有権侵害とも占有侵害とも直接的なかわりを持たない行為者の内面的態度であるといえる。このような違法評価と関係のない行為者の主観を一般予防の観点から違法に持ち込むのは不当である。また、この見解は、排除意思が法益侵害の量に関係するとする。しかし、その場合、必然的に法益侵害が所有権に関連づけられることになると思われる。というのも、排除意思は、目的物の奪取、すなわち占有侵害の後に起きる事情を問題にしていることから、この意思は自ずと目的物が奪われているという侵害状態、すなわち所有権侵害を問題にしなければならぬはずだからである。そうであるならば、排除意思は結局故意の問題に還元されることになると思われる。例えば、窃盗罪において、目的物が奪取されているという状態は、当該物の利用可能性が阻害されているという意味で事実的な所有権侵害が問題になっている。それゆえ、この侵害の認識は、当然窃盗罪の故意と位置づけられること

になる。器物損壊罪において、所有権侵害の認識が故意と位置づけられていることから、そのようにいえよう。

また、窃盗罪の場合、既遂後の所有権侵害の程度を窃盗罪の成否において考慮することはできない、それゆえ、既遂後の事情は、それを主観的に行為時において繰り上げて判断する、この意味において排除意思は可罰的な法益侵害を惹起する意思であって、主観的違法要素となると解する見解がある<sup>(25)</sup>。しかし、このような見解は、窃盗罪の成否（さらにいえば他罪との区別）の問題とその違法評価の問題とを混同していると思われる。すなわち、窃盗罪の法益を本権としてこれを状態犯とするなら、占有の奪取によって既遂に至り、その後の事情は客観的な違法評価の対象となるのであって、これに対応する排除意思はやはり故意に還元されるというべきなのである。

したがって、領得意思のうち、排除意思は故意に還元されると見るのが正当である<sup>(26)</sup>。他方で、残りの利用意思については、責任要素とみなす見解が多数ある。つまり、利用意思という利欲的動機に基づく犯罪は、そのような動機を持たない器物損壊罪よりも強い非難に値するものである<sup>(27)</sup>。しかし、これに対しては、そもそも一旦なされた違法評価の限度を超えてさらに高く責任非難をなすことはできない、と指摘しなければならない。というのも、そもそも責任とは、行為者のなした違法行為に対する非難であって、しかもその違法行為についてのみ問われるべきものだからである。利用意思を責任要素とする見解は、このような違法と責任の連関性を看過しており、不当と思われる<sup>(28)</sup>。

以上のように、領得意思という独自の主観的要素は、違法・責任のどの段階にも位置づけることができない。それゆえ、領得意思という観点から領得罪と器物損壊罪とを区別することもできないと思われる。しかし、ここから領得罪と器物損壊罪との間に主観的・客観的な差異は存在せず、その罪の重さも同じになるとしてよいのであろうか。確かにそのような結論を肯定することも不可能ではない。しかしながら、その反面、現に存在する領得罪と器物損壊罪との法定刑の格差を説明することができない。むしろここでは、領得概念の中に、そのような法定刑の格差を基礎づ

けるような秩序侵害ないしは利益侵害の内実を探るべきであろう。

このような観点につき、財産犯における秩序侵害的な側面を考慮するものとして、例えば、窃盗罪とは、財産秩序全体の基礎を危うくするものであると理解する見解がある。<sup>(29)</sup> この見解に従うと、窃盗罪は、財産秩序全体に違反するからこそ器物損壊罪よりも重いということになる。さらに、目的物の占有を移転させることこそが財産秩序全体を危うくするものであるとして、窃盗罪において占有の転換を要件とする根拠も示すことができる。しかし、なぜ占有の転換が財産秩序全体の基礎を危うくするものであるといえるのであろうか。それは、財産秩序が、所有権を頂点とした静的な体系ではなく、財産取引を頂点とした動的な体系であるということから説明できるように思われる。より具体的には、窃盗や詐欺、横領の場面では、「所有権」だけでなく、財やサービスを相互に等価交換するという「財産取引」も問題になるのに対して、器物損壊罪では、「所有権」だけが問題となつて、「財産取引」については問題とされていないのである。したがって、「財産取引」に関するルールに直面する分だけ領得罪は重い犯罪であると説明されることになる。<sup>(30)</sup>

以上のような説明は、きわめて正当な方向性を示しているように思われる。ただし、単にルールに反する、秩序に反するというだけでは、具体的な罪の重さを観念することはできない。例えば、百円で取引される物を盗むのも一万円で取引される物を盗むのも、秩序侵害という点では同等であるが、後者においては不法内容がより重いと思われる（ちなみに、領得意思肯定説においても、どのようにその不法内容を量定するのか不明である）。それゆえ、このような秩序侵害を利益侵害という観点から裏打ちする必要性が出てくると思われる。この問題に関して、例えば、窃盗罪において、本権侵害に加え、「利益の移転」があるからこそ、器物損壊罪との不法内容が異なると説明する見解がある。<sup>(31)</sup> この見解は、先に示した「財産秩序」侵害の内実を「利益の移転」という観点からさらに明らかにするもので

あり、かつ窃盗罪において占有の転換が要件とされる根拠も示しており、正当なものである。

ただ、この行為者側から見た「利益の移転」とは何かが問題になろう。これを被害者から見た利益侵害という観点から説明するならば、広い意味での交換価値に関する消極的な利益侵害が問題になっていると思われる。すなわち、行為者が対価を支払うことなく、目的物を「自己のもの」にすることは、そこで本来なら生じた譲渡益、処分益、使用益を被害者は受け取ることができず、その分だけ消極的な損害を被ったことを意味している。また、窃盗罪において占有の転換が要求されているのは、占有の転換によって何らかの交換価値が発生し、その分だけ被害者が消極的な損害を被ったことの裏返しであると見ることができる。<sup>(32)</sup>それゆえ、単に占有を奪うのではなく、実質的には、占有を奪って自己の財産に組み込むこと、あるいは使用・処分することが要求されると思われる。要するに、領得とは、「目的物の利用可能性に対する積極的侵害」と「広い意味での交換価値に対する消極的侵害」から成り立っており、取引が（観念的にも）介在しないため前者の侵害しか存在しない器物損壊行為よりもその不法内容が重いと考えられるのである。

なお、領得罪のうち、横領罪について簡単に触れると、委託物横領罪は、窃盗罪や詐欺罪に較べて、その行為以前に占有が行為者に委ねられており、その利用可能性が所有者にとつて制限されている分だけ積極的侵害の程度が低いといえる。また、占有離脱物横領罪では、すでにその行為以前に物の利用可能性が失われていることから、その行為に不法な積極的侵害は観念できず、交換価値に関する消極的侵害のみが問題になっている。さらにいえば、窃盗罪と委託物横領罪とを比較すると、消極的侵害の程度は同じであるにもかかわらず、法定刑の格差が二倍になることから、消極的侵害に較べて積極的侵害の方が重大なものと認識されているといえる。それゆえ、消極的侵害のみが問題となる占有離脱物横領罪に較べ、積極的侵害のみが問題となる器物損壊罪の方が重いとされたと考えられる。



## 七 結びにかえて

まとめてみると、財産犯は、積極的侵害と消極的侵害によって成立するグループA、積極的侵害のみによって成立するグループB、消極的侵害のみによって成立するグループCに分類されることになる。そして、グループごとに行う類型の違い、侵害の程度の違いに応じて個々の財産犯が形成されることになると思われる。具体的には、グループAに属するのが、窃盗罪、詐欺罪、委託物横領罪、グループBに属するのが器物損壊罪、グループCに属するのが、占有離脱物横領罪ということになる。ただ、背任罪については、凶利類型についてはグループAに、加害類型についてはグループBに属するであろうと考えている。凶利類型について、具体例を挙げると、不良融資の場合においては、貸し出した金銭それ自体について積極的侵害が存在し、本来なら生じていた利息分を手に入れることができなかったという消極的侵害もまた存在する。また、加害類型については、例えば事務処理者が本人の財産を不正に廃棄処分した場合、そこには経済的取引が（観念的にも）介在しておらず、積極的侵害のみが存在することになる。

このような財産犯の構成がはたして妥当なものであるか、さらに細かく検討する必要がある。また、今回取り上げることができなかった財産犯がどのように分類されるのかも問題となる。それらは今後の課題としたい。

- (1) 二〇〇五年七月二六日に公布された会社法は、九六〇条において「取締役等の特別背任罪」を規定するが、その法定刑は、商法四八六条「取締役等の特別背任罪」と同じく、十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金、又はこの二つの併科とされる。
- (2) 共同通信が二〇〇五年八月二二日に伝えたところによると、法務省は、窃盗罪、横領罪、詐欺罪などの財産犯に、罰金刑を選択できるよう刑法を改正する検討を始めている。今後、財産犯の法定刑がどのように変更されるのか注目したい。
- (3) 「全体的対照主義」と「重点的対照主義」の対立については、大塚仁『注解刑法』（増補第二版）（青林書院新社、一九七七）

五五頁参照。

- (4) これに対して山口厚は、「法定刑の下限が低い特別背任罪の方が軽い」という(山口厚『刑法各論』〔補訂版〕(有斐閣、二〇〇五)三二六頁)。しかし、選択刑を考慮して特別背任罪の法定刑の下限を問題にしつつ、逆に併科刑を考慮しないのは不当である。山口は、最判昭和三年四月八日刑集二巻四号三〇七頁を参照して併科刑を考慮しないとするが(山口・前掲書三二六頁)、同判決は「重点的対照主義」を支持し、併科刑も選択刑も考慮しないとするものであるから、同判決の趣旨に従えば、業務上横領罪と特別背任罪の法定刑の重さは同じになるはずである。

- (5) 詳しくは、内田幸隆「背任罪の系譜、およびその本質」早稲田法学会誌五一巻(二〇〇二)一一〇頁以下参照。

- (6) 岡松参太郎『刑法改正案批評 刑法ノ私法観』(有斐閣書房、一九〇二)八七頁以下。

- (7) 当時の貴族院の審議で例に挙げた仲買、番頭はその具体例である(内田文昭「山火正則」吉井蒼生夫編著『刑法』〔明治四〇年〕第四巻・日本立法資料全集二四(信山社、一九九五)五五〇頁以下参照)。これに対して、塩見淳「背任罪」法学教室二九七号(二〇〇五)四九頁。

- (8) 詳しくは、内田・前掲注(5)一二六頁以下参照。

- (9) その対立状況につき詳しくは、内田・前掲注(5)一三四頁以下参照。

- (10) その一つの例として、最決平成一五年三月一八日刑集五七巻三三三五六頁が挙げられる。同決定においては、株券を質権者に交付した後、当該株券を除権判決によって失効させた株式質権の設定者が背任罪に問われたが、同決定によると背任罪における信任関係は際限なく認められるということになりかねない。同決定の原審に対する評釈として、内田幸隆・早稲田法学七巻二号(二〇〇二)二八一頁以下参照。

- (11) 二重抵当の事例、あるいは株式質権失効事例においてどこまで背任罪を認めるかが、背信説にとって試金石になると思われる。

- (12) 本人の財産処分における意思内容決定を委託された者が事務処理者となるとする見解として、上畠一高『背任罪理解の再構成』(成文堂、一九九七)二四五頁参照。

- (13) 競合段階で解決を目指す立場について詳しくは、内田幸隆「背任罪と横領罪との関係」早稲田法学会誌五二巻(二〇〇二)六七頁以下、七二頁以下参照。

- (14) これに対して西田典之は、背任罪と横領罪の両方が成立する場合、横領罪のみが成立するとし、この理は特別背任罪と横領罪との関係においてもなお妥当するという（西田典之『刑法各論』（第三版）（弘文堂、二〇〇五）二二二頁）。しかし、その根拠は明らかでない。
- (15) 構成要件段階で解決を目指す立場について詳しくは、内田・前掲注(13)七〇頁以下、七三頁以下、七七頁以下参照。
- (16) 名義・計算という区別基準について詳しくは、上寫一高「横領罪（上）」法学教室二九五号（二〇〇五）一二四頁以下、同「横領罪（下）」法学教室二九六号（二〇〇五）九六頁以下参照。
- (17) 例えば、上寫一高は次のような事例を挙げる。すなわち、他人の物の単純な占有者が、その他人名義で当該物を第三者に贈与するという事例である（上寫「横領罪（上）」前掲注(16)一二四頁）。この事例については、占有者がそもそも物の使用・処分権限を有していないのであれば、背任罪は問題にならず、第三者領得が認められる限りで占有者に横領罪が成立すると考えられる。
- (18) それぞれの見解について詳しくは、内田幸隆「背任罪と詐欺罪との関係」早稲田法学会誌五三卷（二〇〇三）一〇〇頁以下参照。
- (19) 井田良「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察（四・完）」法学研究五八卷一二号（一九八五）五九頁以下。
- (20) 以上について詳しくは、内田・前掲注(18)一〇四頁以下参照。
- (21) 背任罪と電子計算機使用詐欺罪との関係に特有の問題について詳しくは、内田・前掲注(18)一一五頁以下参照。
- (22) 以下の論述について詳しくは、内田幸隆「財産犯における領得概念（一）」奈良法学会雑誌一七卷一・二号（二〇〇四）六五頁以下参照。
- (23) 鈴木左斗志「窃盗罪の既遂時期」『刑法判例百選Ⅱ各論』（第四版）（一九九七）六五頁参照。ただし、鈴木の見解に従って「占有の転換」を不要とすれば、窃盗罪において領得意思を必要とせざるを得ないと思われる。
- (24) 中森喜彦『刑法各論』（第二版）（有斐閣、一九九六）一二二頁。
- (25) 山口・前掲注(4)一九七頁。さらに、西田・前掲注(14)一四四頁参照。
- (26) 排除意思の検討として詳しくは、内田・前掲注(22)七二頁以下参照。

- (27) このような主張につき詳しくは、内田・前掲注(22)八二頁参照。
- (28) 利用意思の検討として詳しくは、内田・前掲注(22)八二頁以下参照。
- (29) 大塚・前掲注(3)一〇六一頁。
- (30) この点につき詳しくは、内田・前掲注(22)一〇〇頁以下参照。さらに小田直樹「財産犯論の視座と詐欺罪の捉え方」広島法学二六卷三号(二〇〇三)二二四頁以下参照。窃盗罪において財やサービスの交換という側面を考慮する見解として、s. Thomas Rönnau, *Die Drit-Zueignung als Merkmal der Zueignungsdelikte*, GA 2000, S. 424ff.
- (31) 曾根威彦『刑法各論』(第三版補正二版)(弘文堂、二〇〇五)一二八頁、同『刑法学の基礎』(成文堂、二〇〇一)一八九頁。さらに、平川宗信『刑法各論』(有斐閣、一九九五)三四七頁参照。
- (32) これに対して、占有取得によって発生する財物の追求可能性侵害を根拠に占有轉換の必要性を説明する見解がある(深町晋也「窃盗罪」法学教室二九〇号(二〇〇四)六八頁以下)。しかしながら、占有を奪われた被害者から見れば、毀棄隠匿の場合においても同じく財物の追求可能性が侵害されているように思われる。すなわち、占有を奪われた物が、壊されようと、どこかに隠されようと、誰かの手の中にあると、物を原状に戻すことは同様に困難であって、そこには量的差異しか存在しないであろう。

(付記) 本稿は、日本刑法学会関西部会平成一七年度夏季例会において報告したものに加筆修正を行い、必要な限度で注を付したものである。